

IESVS, MARIA, IOSEPH.

IN PROCESSV IVRISFIRMAE PRIORIS FRATRVM ET CON- VENTVS SANCTÆ ENGRATIÆ.

Por la confirmacion que se suplica.



AVORECIO V.S. al Real Conuento de Sancta Engracia con este decreto de firma restituyendole a la possession de su Torre arrendada a Iusepe Estanga, auiendo disputado los puntos de la rescision, no solo como en primera prouision, sino en oposicion de firmas contrarias, con el acuerdo de sentencia definitiva, proueyendola el vltimo dia quascumq; reuocando en conformidad.

Ioseph Estanga pide reuocarla, ò alomenos vna de dos declaraciones.

La reuocacion se funda, en que no se prouò el fecho enteramente, que probado no era bastante para rescindir, que aun siendolo no se podia inhibir la aprehension.

De las declaraciones, la primera va al gozo de la Torre: la segunda a los frutos que se han cogido despues de la rescision, y se fundan en los constitos que se diran en su lugar, por no repetir.

Y para mostrar que ni reuocacion, ni declaracio-

nes proceden ; se seguirá en la satisfacion el mismo estilo contrario.

SOBRE LA REVOCACION.

A esta satisfazen ocho testigos traídos por el Conuento, referidos en la alegacion desde el folio 2. vsque ad 4. de los quales resultan dos cosas: y cada una dellas bastante como se probara, para rescision (etiam conuentione seclusa) la primera cortar sin licencia los olmos : la segunda arboles fructiferos, y muchos, aunque fuesen secos.

EL FECHO ESTA PROBADO.

De los olmos hablan el test. 1. 2. 4. 6. 7. y 8. El testigo segundo, y el 8. deposan de confesion del proprio Ioseph Estanga, y el 6. de mandamiento de el mismo de cortar los que quiesse para la baqueria, y Torre, a quien se junta el primero que vee cortar los olmos a los baqueros de Estanga, y preguntados responden se les auia mandado su amo. Y el 4. que es baquero del mismo, le dize su mayoral, corte algunos, y ayudado de los criados de Estanga, corta siete, y el 7. viendo cortar olmos, oye a los criados de Estanga, que con orden, y licencia fuya los auian cortado.

La confesion propria, es el modo superior de las probanças, *Valenzuela consil. 62. num. 62. § 63.* y aunque la que hizo al testigo 2. fue en la barca de Gallego, y la otra en Pastriz, como son de vn mismo genero, tendentes ad eundem finem, hazen vna perfecta consonancia, y pruevan el fecho in ciuilibus: *Sesse decis. 218. nu. 19. circa med. ibi: Et fortius hoc de foro procedit si sint eiusdem generis semiplena probationes, veluti confessiones licet facta diuersis loco, § tempore, quia sicut de iure iunguntur in ciuilibus, l. quero, § fin. ff. de adilit. edic. §*

sic de foro, Bardaxi ubi supra, ita, &c.

Y quidquid sit de iure, que la confessiō extrajudicial parte absente nō plenē probet, ad *Gratianum discept. 909. num. 2.* siguiose en Aragon la equidad Canonica, reputandola por probança muy entera, *Sesse, Paulo deinceps, & de foro est etiam aliud speciale, quia confessio extrajudicialis parte absente facta, & legitimē probata per duos testes, plenē probat Portol. & Molin. verbo confessio sicut, & de equitate canonica, Maranta in praxi 6. p. tit. de confessione num. 19. ubi allegat. alios, cum tamen de iure civili confessio facta parte absente probet tantum semiple- ne, gloss. & Abbas in cap. fin. num. 3. de success. ab intest.*

Ni obsta q̄ estos testigos son mercenarios del Conuento, porque el *segundo* no tiene excepcion alguna, como ex aduerso se pretende fol. 5. lin. 24. solo dize al art. 2. sabe la posesion de los bienes, a ocasion de que este testigo ha estado en el Conuento de Santa Engracia, por espacio de un año continuo haziendo oficio de Portero en la Porteria de dicho Conuento: y al interrogatorio si esta de presente lo niega, con que se descubre que se cumplio el año continuo antes de la deposicion, *Grabiell de testibus conclus. 10. nu. 9. & 10. Farinac. de test. q. 55. num. 32. & 145.* y el octauo solo dize, que està en la Torre pequeña nombrado por el Conuento, y que no le dà ningū salario, y assi non repellitur a testimonio, *Speculator. in tit. de test. §. 1. nu. 13. in fin. Mascard. de probat. lib. 2. cons. 758. num. 7. Farin. de test. q. 55. num. 138. cum alijs,* y primero auia dicho num. 16. *Certum est quod sola familiaritas, & habitatio sine salario, non repellit testem a testimonio secundum communem.*

Lo segundo se suple con el 2. test. q̄ es mayor de excepcion, y con el 7. que dize le dio orden cortasse los que quisiese, ex *Farin. d. q. 55. num. 226.* y con los demas criados mismos, y baqueros que dizen a los testigos, les dio orden para que los cortassen el Arrendador.

Quanto a los Arboles fructíferos, es clarísima la probanza, pues el test. 2. tambien lo deposa de confesion: el 5. de hecho propio, y *que le dio orden, y mando* al depofante los arrancara, y con otros criados de Estanga lo puso en execucion, arrancando de pie cosa de *veinticinco arboles*, y este es Torrero de Estanga, y le sirue de cinco meses a esta parte.

A estos testigos vno de vista, y otro de confesion, que sobrauan, *Bardaxi de offic. Gubernat. cap. 11. num. 7. Sesse dict. decis. 218. nu. 19.* se junta el test. 6. que al mismo tiempo que fue de labrar las viñas, vee cortar ocho, ò diez arboles *fructíferos* de mançanos, y perales, que en su tiempo dauan fruto, a dichos criados: y el 8. que vee cinco arboles arrancados de raiz fructíferos, y verdes, mirandoles con mucho cuidado.

Que se ayan arrancado algunos secos, se confieffa, y no se impugna, porque tambien resulta de los mismos testigos.

En lo que se insta es, que quando conste de todo esto no ha sido despues de 21. de Deziembre, dia en que se otorgò el acto de arrendamiento.

Y se conuence de la contextura de los mismos testigos, porque si pluralidad de cortes no se presumen, ya porque es hecho y prohibido, ya porq̃ la otra parte quiere todos sean pocos: De todos los testigos resulta, que despues de 21. de Deziembre se cortaron.

El 1. al 4. sabe que entrò a posseer Estanga, largè, desde 21. de Deziembre, dia en que se otorgò el acto, que assi lo dize: y añade al 5. que por el mes de Deziembre deste año, por espacio de dos meses que estuuu haziendo vnos reparos, con que excede el dia 21. y añade, *que en este tiempo el dicho Iusepe Estanga tenia arrendadas dichas tierras, y bienes, y vio entonces cortar dos olmos a los criados, y baqueros, y el moral al casero electo por Estanga.*

Y no

5

Y no sabiendo otro ni mas tiempo, que tuuiesse arrendada dicha Torre, y entrasse a gozarla, sino desde el dia 21. claramente se conuēce, que lo que ve cortar, es despues de esse dia: y tambien por Pasqua de Resurreccion, ve otro cortado, y le responden que los tres olmos han sido con orden de su amo.

El 4. al 5. le sirue de cinco meses a esta parte en la baqueria, que aquel tiene, como Arrendador de la Torre mayor de Santa Engracia, y depofando a dos de Mayo, viene a juntarse con el dia 21. maxime añadiendo, que poco despues de arrendada, este testigo corta siete olmos con los otros criados.

El 5. le sirue de Torrero al mismo de cinco meses, y antes de labrar las viñas (q̄ no feria en Deziembre) mada arrancar los 25. arboles. El 6. tambien dize, que al tiempo de labrar las viñas, vio cortar ocho, ò diez arboles fructiferos, y que antes de entrar a posseer la Torre, en fuerça del arrendamiento, estauan estos arboles entre las zepas. El 8. estando en la Torre, por Abril, ò Março, dize, que estauan frescamente cortados.

De donde resulta, que si los olmos, y arboles se cortan despues, y el manda cortarlos, que lo mandado, y confessado, està despues del otorgamiento.

Y quando fuera todo antes de Nauidad, que no se ha de creer, porque feria presumir accion dolosa, y furtiua, en tiempo que estaua sin titulo: pues se pretende exaduerso, quod *præsumptio exclusiua delicti est amplectenda*, *Giurba corf. crim. 37. num. 37.* y es mejor faltar al contracto ciuil, q̄ no suponer accion criminal, se dize: que en Aragon no ay imposible de derecho, y el pacto pudo obligar a todas leyes del contracto, desde el dia que se quiso sugetar el Arrendador, por el instrumēto a ellas: y como entre otros ay vno que dize, *que los nueue años empezaron a correr desde el dia de Todos Santos de 1650.* desde esse quedò sugeto,

aunque no huuiera escritura a tratar la Torre, y viña como Arrēdador, y a no poder cortar sin pena de caducidad, porq̄ corriendole desde esse dia lo vtil, tambien le auia de arctar lo penal, y riguroso del contracto, *l. 12. ff. de regulis*, y en contracto reciproco, y vltro citroque obligatorio, fuera desigualdad tener accion para lo vtil, el vno, y no adinuicem el otro accion para lo dañoso, como declarò V.S. in processu *D. Petri Peray, & Petri Xaraua*, a 27. de Octubre de 1650.

Donde los Arrendadores se obligaron al señor de Alfozea dexarle las viñas *adrecadas, y cabadas como las recibian*: y aunque contra esta confesion pretendieron probar que antes de hazer el instrumento que fue a 2. de Mayo, quādo se auia hecho el trato, no estauan labradas, y con la buena fe de que auian de continuar, lo hizieron a su costa, se entendio no se podia aplicar essa confesion, a tiempo q̄ no lo estuuiessen, *qua conditio nullatenus poterat verificari, nisi in tempore, quo iam vineae erant pro vt dicitur adrecadas, y cabadas, non in tempore assertae conuentionis, vel pacti quo eas non recipiebant culturatas.*

Y porque era imposible referirse al tiempo del pacto, se decidio se contasse del dia del instrumento.

Y lo segundo, porque el año que les faltaua del señor anterior Don Pedro Altarriba, que perdio el dominio, se continuò por el suceffor con las mismas condiciones: *& secundum antiquam, conductores adstringebantur vineas, sic elaboratas relinquere, quia ita à Petro Altarriba receperunt, igitur nulla ex causa ab hoc onere excusari poterunt, maxime in Regno vbi cartha standum est nisi contineat aliquod impossibile vel contra ius naturale*: y como no fue imposible que la palabra como la perciben, no se entendiera del dia del pacto ni del instrumento, sino muchos años antes que auian arrendado de Don Pedro Altarriba, por la fuerça de la carta que fue mas, no tendrà imposible

sible que las obligaciones actiuas, y passiuas reciprocas deste arrendamiento, comiencen desde Todos Santos del mes anterior a la escritura que es mucho menos.

BASTA PARA RECISSION.

El Arrendador tiene lo vtil que faca de los frutos solamente, no derecho de mudar la forma de lo arrendado, y como los arboles si se cortan de raiz dan poco fruto, nec dantur, vt cædantur, es causa para que se le pueda recindir, y quitar por este excesso, *l. in fraudem, §. conductor, ff. de iure Fisci, Iasson in l. diuortio, §. si fundum, num. 2. ff. solut. matrim. Ludouicus decis. 94. p. 2. Menoch. cons. 130. num. 4. Anguisola cons. 99. Cabalcán. decis. 44. num. 12. Corroc. de locat. & conduct. gradu. 4. Acidentium q. 7. num. 6. Barbos. in l. diuortio, §. 2. num. 17. 18. solut. matrim. Soto Maior de usufruct. cap. 25. num. 1. 2. 3. Garcia de expens. num. 31. & 32. Mieres de maioratu p. 4. q. 39. num. 5. Bursat. cons. 91. n. 3. lib. 1. a quie recoje Casanat. cons. 62. num. 10. estendiendolo al num. 11. en los arboles infructiferos, si tales sint, quæ excissa non renascuntur, vt in puncto Gama. Barbos. Gutierr. Mieres, Castillo relati num. 6.*

Da la razon num. 12. Casanat. diziendo: Ratio est quia huiusmodi arbores, quæ non renascuntur non dicuntur esse infructu, sed in proprietate, Non enim dicitur esse infructu, quod non renascitur, vt probat text. in d. §. si fundum, ubi hoc expresse, decidit Bald. & idem Bald. d. cons. 290. dub. 2. ubi etiam quoa per incisionem huiusmodi dicitur deterior effici rei substantia; unde hoc ratione emphiteota, conductor ad longum tempus, & alij ius utile in rem habentes, possunt expeli, & iure suo privari, quia dicuntur proprietatem deteriorare tales arbores scindendo quæ non renascuntur, *l. in fraudem, §. conductor. ubi Di-*

nus, & Bart. ff. de iure Fisci, Alex. cons. 118. num. 7. lib. 5. Barb. cons. 36. dub. 2. num. 13. lib. 2. Cepola de seruit. rust. cap. 22. num. 14. & est communis opinio, ut dicit Iasson. in d. §. si fundum num. 2. Rolan. cons. 49. num. 14. lib. 2. Natta cons. 477. num. 7. Iasson. cons. 107. dub. 1. lib. 1. Barb. in d. §. si fundum num. 3. & num. 10.

Aunque de cortar los arboles se siguiesse mayor utilidad al fundo, aut efficeretur prætiosior, aut fructuosior, l. hætenus 8. §. fin. cum l. sequenti. l. usufructuarius noui 51. l. aquisissimum 17. §. fructuarius, ff. de usufruct. l. fin. ff. de usu, & habitat. Corbulus de iure emphiteutico causa 10. num. 2. Barbos. in d. l. diuortio, §. ex num. 31. & in d. §. si fundum num. 20. Castillo de usufruct. cap. 25. nu. 14. & 15.

Dio la razon la ley usufructuarius, la 1. 51. ff. de usufr. usufructuarius, inquit Naraius, noui tectoriū parietibus qui rudes fuissent imponere non potest, quia tametsi meliorem excolendo ædificium domini causam facturum esset; non tamen, id iure suo facere potest, aliudque est tueri quod accepit aliud nouum facere.

Y Garcia de expensis c. 11. n. 42. quia usufructus mutata forma consistere nō potest, y aunque de vn prado, ò selua haga vn huerto, cadit à iure suo nu. 38. sin q̄ aya menester aguardar tiempo alguno para expelerle, nec enim proprietario, ut bene consultū foret si usufructuarius rem detriorē faciens non repelli posset, tēpore enim expectato totius usufructus veritas occultaretur, & probatio difficilis, vel fore impossibilis rederetur quod in emphiteuta dicit esse recipiendā ex Bal. in d. l. diuor. §. si fundū, ff. solut. matr. referre a Alex. Paul. Decio, Iasson. Tiraq. Aymon, Pinelo, Imola, Romano, y otros, a quien se añade Barb. d. l. diuortio. §. si fundum num. 18. auiedo dicho primero, item hæc duo equiparantur ædes diruere, vel arbores fructiferas excidere, l. eleganter 7. §. non solum, ff. de dolo, l. 2. supra si usu.

9

usufruct. petatur, l. aquisitum 17. §. fructuarius. ff. de usufruct.

Esta conclusion es mas recibida en arrendamiento de Religiosos, por lo que dixo Carrocio de locato & conducto, fol. 19. de quarto gradu acciden. quest. 7. num. 8. ibi: *Ampliatur hac conclusio ut fortius procedat in conductore Ecclesia, qui tenetur rem conductam meliorem reddere, Ruinus cons. 88. num. 1.*

Y quando ay pacto, como aqui, de no cortar olmos sin licencia, aunque fueran secos, obligaua a guardarse sub poena commissi, *Ruinus cons. 58. volum. 1. & cons. 88. & Tobias cons. 88. & bene Carroc. ubi supra fol. 192. col. 3. in princ.* Y en el punto de la reuocacion no se atiende, porque ex eisdem no resulta si se plantaron otros, en que se emplearon, ò si fue por hazer sombra, de que se hablarà despues.

SE PVDO INHIBIR LA APREHENSION.

Toda excepcion que claramente excluye el drecho del actor, es bastante para que el reo se preuenga con firma impeditiua litis ingressus, *Port. verb. Firma, num. 151.* y esto no solo en las quatro excepciones rei iudicatae, transactionis, definimenti, aut pacti de non petendo, quia litis finitae dicuntur, & actiones perimunt, *cap. 1. de litis contest.* & ibi latè gloss. in verb. finita, *Port. num. 152.* sino en qualquiera otra quæ de iure, aut foro litis ingressum prohibere posset, *Port. num. 153. & 155.* siue ipso iure, aut exceptionis ope, por ser el principal cuidado del Iuez cuitar los circuitos excusados, y que las partes no sean vexadas con inmoderados gastos, *Innocentius in cap. exceptionem. num. 10. ad medium, vers. & plus dicit.* & ibi Anton. de Butr. & Felin. *num. 34. & 36. de except. Portol d. num. 155. in fin.*

Ponese por exemplo el de la solution (para induzir la

razon despues a nuestro caso) que probada con instrumento impide la aprehension, manifestacion, y captura: quia licet sint privilegiati processus, *Foro Item como, tit. de apprehens. fol. 86. col. 3. in princ. & For. Per quanto, in princip. Portol. num. 177. 78. & 79. Quia tamen vigore solutionis facta instrumentum cuius virtute apprehensio, & manifestatio fiunt, in sui substantia, & radice tollitur, & anhilatur, & ad non esse reducitur, vt docet Baldus in l. si non sortem, §. in debitum, num. 1. & in §. adeo, n. 2. vers. noto quod, ff. de cond. indebiti, ideo, & c.* y lo mismo en captura, y execucion de bienes, quoniam omnes y casus ex eodem fonte, & radice, idest ex eodem instrumēto fluunt, & ex eadem solutione sublati, & anhilati, & ad non esse reducti fuerunt, *Port. num. 180.*

Esta razon milita en el mismo punto, que el Arrendador con causa resuelue, y extingue el arrendamiento, ò por cesacion de paga, ò por falta de implementos, ò por no conservarse el vno al otro en los derechos arrendados, porque entonces falta al contracto la virtud, y la substancia de dōde dimanauan todos sus procedimientos privilegiados, & extingto, & anhilato contractu, no es mucho que se impidan por firma casual, segun fuero, como se decidio por *Ibando de Bardaxi in processu Martini de Ezpeleta, super iurisfirma, anno 1555. referente Portoles post num. 182. fol. 720. circa med. Vbi fuit inhibitum ne in vim arrendamenti in cuius possessione arrendator conservatus non fuerat procederetur ad apprehendendum.*

Sin q̄esto se aya de verificar cō instrumētos; lo vno, porq̄ es mero fecho del tercero, que no està en mano del firman- te, como quando va a pagar, hazer, se testifique la carta de pago antes de dar el dinero. Lo otro, porque no es materia que de su naturaleza los puede admitir, puesto que la parte adversa no llevaria Notario, y testigos para cortar olmos sin licencia, ni en vna Torre, y Soto los puede tener pre-

uenidos de dia, y de noche el Cōuento por si se hiziere: y lo decidio V.S. el año 1604. *in proces. iurisfir. Petri Mēdieta mercatoris, super iurisfirma*, donde auiendo arrendado diuersos montes, y terminos, salinas de Gratal, y dezimas con ciertas condiciones, y adimplementos, prouò el Arrendador con solos testigos la falta dellos en el arrendante, en los articulos 3. y 4. de la firma, y en los siguientes, y a 30. de Agosto del año 1604. se concedio en forma priuilegiada inhibiendo aprehension, y captura del Arrendador, y sus fianças.

Lo mismo se ha entendido en otras firmas, que si bien se han dado, para que sin probar adimplementos, ò auer conseruado en pacifica possession, no se aprehendiesse, ha sido probando el firmante, y verificando con testigos la falta dellos.

No encuentra la doctrina de Bardaxi *in For. unic. de citationibus, & monitionibus*: porque demas de dezir en el n.6. *vers. de For. in fin. Item videmus introductū, quod nō vocata parte verificātur adimplemēta sententia arbitralis, vel actus ultro citroq; obligatorij*; prosiguiendo, puso el exemplar tan reñido de Lope de Francia contra Fernando Casar, donde con testigos se probaron los dias de la ausencia, y se cōcediò executoria con el voto de la mayor parte; y aunque se pidió reuocar, quedò en su fuerça, y se apartaron las partes que le pidian, y despues dize, por sin duda que las muertes, y filiaciones, y el matrimonio se verificā con testigos para executar, *vers. receptum tamen est*, no negando la práctica tambien en lo primero.

Sesse de inhibitionibus, cap. 5. §. 1. num. 27. allegatus exaduerso: Començò el *vers. sed quando*, en excepcion propuesta ad merita causæ, como la solution aparte cō testigos, y el defenderse el reo de no auer cometido el delicto, que estas como no estoruaran al Iuez ordinario el ingreso, tampoco al Lugarteniente que se subroga, el pro-
gres-

gresso; y así en el num. 28. prosigue: *vides igitur quomodo, exceptio, qua opponitur ad merita causa, si non est impeditiva litis ingressus, ut supra declaravi non debet impedire litis ingressum, & progressum.*

Finalmente porque aqui no se va a inhibir la aprehensión de instrumento privilegiado con testigos, ni se pide executoria con cosa ilíquida, sino que los efectos, y sequellas de un contrato de arrendamiento, no privilegiado (que es el que tenia el conductor) cesen auiendose aquel resuelto, y extinguido, donde la firma no es negable, ex Portol. vbi supra num. 182. *Sesse de inhibit. cap. 5. §. 1. n. 25.*

CONTRA LA DECLARACION PRIMERA.

Esta, que en el orden es segunda, pide la Torre, y se funda entre otros meros meritos: constando que aunque los testigos dicen fue despues de arrendar, era por tenerle por Arrendador, y que constara se cortaron antes.

Que los olmos siruieron para utilidad de la casa: que los arboles algunos eran infructiferos, y que con esso quedarón mas fructuosas las cepas: que no se pudieron plantar en el mismo lugar, porq̃ hazian daño: que en su lugar se han plantado cepas, y se han substituido otros arboles en parte que no impiden la cultura, y hermosean el heredamiento.

De lo mismo que se articula resulta la exclusion desta declaracion.

Lo primero, porque es contraria al decreto, y a la probança hecha por esta parte, y no procede, ex *Sesse de inhibitionib. cap. 4. §. 9. num. 61. ibi: Quando vero casus declarationis esset de toto contrarius, & aduersus inhibitioni, tunc esset fatuitas taliter declarare.* Y es euacuarla del todo con testigos contrarios, *Sesse ibidem, nu. 49. ibi: Tunc non esset danda declaratio in casu diuerso allegato in declaratione, si ille casus erat comprehensus in inhibitione,*

quia

quia esset evacuare vires inhibitionis, & firma, Suclucs
cons. 35. num. 2. semic. 1.

Lo segundo: porq̃ se confieſſa se cortaron olmos, aunque ſiruieran para vtilidad, y ſin licencia, aun para eſſo miſmo no ſe podía en fuerça del pacto, *ex Ruino cons. 88. vol. 1. Tobias Nonius cons. 58. Carroc. de locato, 4. par. accident. q. 7. num. 42.* y aunque fuera para vtilidad de la caſa in non denuntiando Domino fuit in culpa, y perdía el drecho ex incifſione arborũ fructiferarum, *Castillo d. cap. 25. de usu-fru. num. 22. in fin.*

Lo tercero: porque en lugar de arboles fructiferos plantar cepas, aut è contra, y eſto en diferente pueſto, como ſe confieſſa, es mutatio formæ notoria, & non licet ſine conſenſu domini, *Garcia de expens. cap. 11. num. 38. ibi: Et si fortè voluptarium fuit pradium, viridaria, gestationes, & deambulationes arboribus infructuosis opaccas, atque amenas habens, non debet eycere, vt fortè hortos olitorios faciat, vel aliud quid quod ad redditum expectet.*

Y la razon ſe puede tomar de *Carrocio d. q. 7. In multis enim agris domini ex industria plantaverunt arbores morum, & sunt umbrosa, & nociua frumento, & tamen tunc valde fructuosa in fundis, & percipitur ab eis magnus fructus, prout sciunt omnes, & ob id non est verosimile, vt Dominus velit eas incidi, & deleri.* Como no es verosimil, que Ioseph Estanga en 30. dias hallaſſe tanta ſombra, en el moral copudo que cortò de la Torre, ni en los arboles fructiferos, reſpecto de las cepas, coſa que vna Religion, y Conuento no lo tuuo preuiſto, ni reparado en 150. ò mas años que la poſſee; y aſi ſe deue creer, que eſtauan muy de propoſito.

Tambien lo prueua *Castillo de usu-fr. cap. 25. num. 11. ex Bald. in l. 11. C. de iure emphyt. vbi concludit: Quod emphyteuta non potest mutare formam rei, etiam in melius, & cõſequenter, neque extirpare ſilvam, & ibi vineã plã-*

tare, vel terram aratoriam facere, quia quamvis forsitan sit utilius, tamen non est licitum emphyteuta, formam rei mutare, alias incidit in commissum. Y despues que lo prueua con muchos, dize en el *num. 13.* se ha de guardar lo mismo en el Arrendador, probandolo con evidencia en el *num. 14.* *Ex eo, quod usufructuarius potentius ius habent in usufructu, quam colonus, & conductor in re conducta, ex Ruino cons. 58. num. 3. & cons. 59. num. 1. vol. 1. Curt. Senior in cons. 70. num. 8. lib. 1. Cuaicalanus decis. 44. num. 72. ante finem, in 1. par. emphyteutam etiam potentius ius habere, nemo est qui dubitet, imò ex superioribus Auctoribus colligitur aperte: ergo colono, & CONDUCTORI non debet censerì permissum, quod usufructuario, & emphyteuta denegatum est.* Y prosigue *num. 15.*

Ni obsta el auer substituido otros, *ex l. in fraudem, ff. de iure fisci, ibi substitutis alijs,* porq̃ lo declara Carrocio *nu. 24. d. q. 7. In arboribus admodum antiquis, & corruptis secus in alijs,* como con Angel. Tiraquel. Fulgos. Castr. y otros, lo refiere Barb. in d. *§. si fundum soluto matr. num. 19.* Y aunque despues lo limita, quando durante iure cedentis possunt excrecere. Lo primero, no ay constituto desto en processo, con que al luez no le puede constar, ni justificar la declaracion ex officio. Lo segundo, tambien se limita cō Barb. y Castillo que le sigue dicto *cap. 25. in fine, num. 19.* quando non substituerat tantas arbores quantas exciderat: de que tampoco consta, ni ay articulo en todos los meritos de la declaracion. Lo tercero, quando *mutat formam rei etiam in melius,* como aqui se confiesa, pues en lugar de arboles fructiferos se suponen cepas, y no en el mismo lugar, *ex Brito in cap. propter sterilitatem 7. de locato & cond. num. 17.* Lo quarto, se deue entender loci consuetudine probata, segun Barbof. in d. *l. diuortio, §. fin num. 31. usque ad 36. & in d. §. si fundum, num. 20. vbi dicit contrariam sententiam admittendam quando probaretur hanc*

esse regionis consuetudinem, *Castillo d. cap. 25. num. 12. Brito ubi supra num. 18.* Lo quinto, porque en terminos obsta la resolucion de *Casanate d. conf. 61. num. 11. ubi supra.*

Ni obsta el *conf. 118. de Alex. vol. 5.* de cuyo *num. 9.* se pretende probar, que el Arrendador de nueue años que cortò muchos arboles en el primero, no puede ser expelido: porque aquel arrendamiento fue de silua cedua, que de necesidad tenia el vtil en el corte, como se colige del *num. 3.* *Quia arbores quæ in dicto nemore nascuntur pro labore-rio non producunt aliũ usufructũ, nec ex eis fructus percipi potest, nisi incidendo, & alienando, vel utendo pro laborerijis, & si incidantur renascuntur: quo casu huiusmodi arbores appellantur arbores cedua, & expectant ad illum ad quem expectare debet commodum fructuum ipsius nemoris, siue fundi, & dicuntur esse in fructu, & probatur in d. §. silvam, ff. de usufr. iuncta l. silua cedua, de V. S.*

Fue pues el caso, q̃ el Arrendador de la leña de vn mōte por nueue años, quiso ahorrarse el trabajo delos ocho siguiētes cortando, y vendiendo toda la leña en el primero. Y responde en el *num. 9.* diziendo, que usò de su drecho, y que no causò ningun perjuizio al arrendante, pues quanto mas presto cortasse los arboles, mas presto llegaria a poblarse el mōte de otros tantos cō mayor beneficio de su dueño. Y leyēdo las lincas intermedias, se conoce la disparidad de casos, el *num. 9.* enteramente dize: *Nec etiam obstat si diceretur quod in primo anno conductores abusi sunt nemoribus incidēdo multa ligna ultra arbitriũ boni viri, vendendo de illis, & vasa construendo, quia ibi apparet de tanta incisione. Respōdetur, quod attēto quod locatio duratura erat per nouē annos, & in sequentibus annis nō continuarunt in ea incisione, imo destiterunt, & id quod potuissent facere in pluribus annis, ECERVNT IN PRIMO* Ohce cessit, & cedit ad comodũ locatoris, quia tanto citius pul-

lulabunt nemora, & pullulata veniunt restituenda in meliori statu, quam si tardius fuissent incissa; unde non potest locator opponere culpam conductori, ex qua ipse locatur lucrum sentit, l. cum in fundo, §. 1. ff. de iure dotium.

No fue la mejora en el consejo de Alex. en otros arboles artificiales, como aqui, plātados manu cedentis, q̄ acafo no seran tan vtilles como los cortados, ni se saben si los ingertos diferentes llegaràn a la misma bondad en esse tiempo, ni en viña, ò huerto arrendado, cuyo instituto no es cortar, porque ni zepas, ni arboles cortados producen el fruto, y lo insinua Brito in d. num. 28. sino en vn feto que de su naturaleza no podia dar otro fruto, nisi ex incisione, y en vna vtilidad natural, y reproduccion de arboles necessaria, en el mismo puesto con la misma forma, & quas sponte natura por si sola los produce, q̄ le fue permitido, secus in praesenti, ex d. l. in fraudem, §. conductor, & ibi Bart. ff. de iure Fisci, punctim eodem Alexandr. d. cons. 128. num. 4. *vers. alias.*

CONTRA LA SEGUNDA DECLARACION.

La recision, y declaracion de animo causada ex facto conductoris, fue a 25. de Abril, tiempo en que con tres meses no se cogio el trigo, ni ceuada (frutos litigiosos desta declaracion) de que se sigue han de ceder en vtilidad del dueño de la Torre, como porcion, y coherencia suya: porque el Conuento con el principio attractiuo, y lo condicional del acto, y teniendo, y cumpliendo, &c. tiene vna reuersiõ legal, como si no huiera arrēdado, y por lo menos ha de quedarse con los frutos pēdientes en el cāpo, quamuis maturi sint, quia non dū à solo separati, ex ratione legis, l. si fructuarius messem 13. ff. quib. modis usufruct. amittat. ibi: Messem fecit, & decessit, stipulam, quae in messe iacet heredis eius esse (por estar segada) labeo ait, spicam, quae terra teneatur

DOMINI fundi esse, fructumque percipi spica, aut feno cesso, aut vba adēpta, aut excusa olea: aunque no este trillado, ni hecho el azeyte, ò la vindimia: concluye, fructuarij fructus, tunc fieri cum eos perceperit, bona fidei autem possessoris, mox quam à solo separati sunt.

Son parte del fundo los frutos pendientes, l. fructus pendentes 44. ff. de rei vindicat. que no componen si vna cosa misma, y no ha de valer la reversion en la Torre, sino se executa en los frutos, ex l. si fraudator 25. §. fructus, quæ in fraudem, ibi: fundo cohasisse, & ibi non id circo duas res, id est fundus centum, & fructus decem eum habere intelligendum sed vnā id est fundum centum, aunque esten maduros, vt probat textus in l. in Falcidia 9. ff. ad l. Falcidiam, ibi: Qui maturi mortis tempore fuerunt augeant hereditatis aestimationem, fundi nomine, y Castillo cap. 42. n. 8. dixo: & pertinent ad quem res ipsa, ex Barbosa in l. diuort. 8. nu. 79. vers. ratio est, fol. 971. ff. solut. matrim. fol. 971.

Por esso el conductor no haze los frutos suyos sin que los aparte del fundo, y esto secundum voluntatem locatoris, Anton. Fab. lib. 4. C. tit. de locato, diffi. 25. & si e nim utroque casu dominium acquiritur percipienti, tamen ex causa emptionis acquiritur statim, atque fructus à solo separati sunt (quamdiu enim solo coherent fundi dominium, vel invito domino sequuntur) ideoque eos deportare in scio venditæ, & alij etiam ante perceptionem vendere emptor potest, citra periculum furti, quoa secus est in fructibus locati fundi, illi enim vt diximus non prius acquiruntur conductori quam eos perceperit, & quidem ex domini eiusdemque locatoris voluntate, & punctim Griuellus decis. 51. num. 18. Item quemadmodum usufructuarius, non est dominus antequam percipiat, l. si usufructuarius messem. iunct. ibi gloss. ff. quemad. usufructus amittat. Vincentius de Franchis decis. 168. num. 8. sic sane co-

lonus, aut conductor, non est dominus nam siue partiarius ille sit, siue numis coat. minus iuris habet in re quam usufructuarius.

Ni passan a ningū heredero del usufructuario, etiā si maturis fructibus decedat; sed domino proprietatis acquiruntur, §. 17. *is verò inst. de rerum diuis. sine refusione expensarū. Obseruant. cum moritur de iure dotium, Obser. usus eodem tit. Molin. in verb. usufructus, vers. usufructuario mortuo, ubi Portoles:* y en los fructos ciuiles de pensiones es lo mismo, aunque muera vn dia antes de caer la pension, *Molin. verb. usufr. vers. usufructuarius censualis, y Redoano de rebus alienis, q. 73. cap. 1. n. 16.* dio por razon del peligro, *quia tunc si corrumpuntur, aut vi hostium auferuntur postquam sunt collecti dominium ipsorum erat coloni l. si illas, §. 1. ff. de furtis, & secus quando fructus non erant collecti; sed pendentes, quia tunc interim non sunt coloni. l. fructus pendentes, ff. de rei vindic.*

Y no tiene duda alguna, quando por vn hecho voluntario de cortar, y faltar a los pactos, ò deteriorar, expellitur emphiteuta, vel colonus quia tunc resolutio penitus contractu, & dominio, no tiene, ni aun rata de aquel año para los fructos. *Rot. decis. 278. in recentioribus, Farinac. numer. 5. vers. vissum, dicens ex Puteo diuersum esse in actu necessario morietis, quia licet quoad eum extinguatur actio tamen pro parte illius non interuenit actus positivus quo casu, text. in d. l. defunta, ff. de usufructu, & tenentes diuisionem pro rata temporis fiendam sunt intelligendi in factonecessario, non autem voluntario, & Puteum sunt secuti Gabriel cons. 191. num. 3. vol. 2. Ondedeo cons. 85. num. 5. vol. 2.*

Con que se responde al argumento del successor particular, ò vniuersal, porque esto no succede facto possidentis, sino ex morte, vel alienatione locantis.

Y en los frutos extantes, y pēdientes es tan seguro quādo
dio

dio el possedor la causa, q̄ dixo Barbof. in collect. ad c. potuit de locato, n. 136. unde tenetur ad restitutionē fructuū bona fide cōsumptorū à tēpore cōmissi, & contraventionis ante subsecutam declarationem, & sic medio tempore cum talis declaratio retrahatur, vide Rota Bonionens. decis. 37. Surd. 25. num. 27. Cab. cons. civil. 106. num. fin. Ant. Monachus Florent. decis. 36. num. 24. Cald. Pereyra dist. cap. 18. n. 8. & optime Gonzalez ad Reg. 8. Cancellaria, gloss. 51. num. 12. & ad pensiones ante commissum decursas Burgos de Paz cons. 24. Surd. de alimentis, tit. 7. quest. 17. nu. 45. amittit melioramenta communia, & ordinaria ad qua vi contractus tacitè, & expressè tenebatur secus extraordinaria, & magni precy, quibus. Addo Grinellum decis. 58. per totam.

Ni obsta que en esse tiempo ha sido possedor de buena fee, lo vno porque ya se ha llevado los frutos, y hortalica de seis meses, segun dize Iustiniano in §. si quis à non domino ibi placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura, & cura inst. de rerum diuis. Lo otro, porque responde Roman. cons. 454. num. 27. referido por Surd. d. decis. 25. num. 22. vbi ait Quod si titulus possessoris anulatur, & reducitur ad nō titulum, tunc fructus restituendi sunt, nec prior ille titulus inducit bonam fidem quoad fructuum acquisitionum, Natta cons. 535. num. 12. & decis. Pedamontana 160. num. 12. Riminal. cons. 333. num. 21. & num. 27. & predicta sine dubio facilius procedunt, in presenti facto, quia gravatus proprio facto priuatur hereditate id est per alienationem quam ipsemet fecit.

Menos obsta que ay compra de alguna parte de la semilla, y que no se pueda rescindir sin boluerle su precio, porq̄ ni huuo imagen de venta, ni tal pensaron los contrayentes, si solo vn pacto de que la semilla que auia sembrado el Convento, fuesse tambien con la arrendacion, y assi es vn pacto accessorio, vestido, y informado locacionis natura,

& qualitatibus, y està sugeto a los mismos accidentes, y condiciones que el arrendamiento, nec agitur ex vendito sed ex locato argumento eorum, quæ tradit *Bal. cons. 384. n. 2. in fin. argum. l. 1. §. si quis, vers. huic, ff. ut leg. seu fideicom. nomine caveatur, ibi easdem causas, & condiciones inesse sciendum est.*

Ex quibus, ni la reuocacion, ni las declaraciones procedunt. Salua censura, &c.

*Iosephus Leyza, & Erasso,
Artium, & Legum Doctor.*